



POR

D. ANTONIO DE ORTEGA Y MORALES,

* *EN EL PLEYTO,* *

✠ CON ✠

EL PROMOTOR FISCAL, A QVE SE HA moſtrado parte Franciſco Ximenez Mercador.

(***) *SOBRE* (***)

LOS CONTRATOS DE COMPAÑIA, que dicho Don Antonio tiene con Juan Bernal de las Heras, que injuſtamente ſe ſupone ſer reprobados, y vſurarios.

Non pecavi, & in amaritudinibus moratur oculus meus. Libera me Domine, & pone me iuſta te, & cuiuſvis manus pugnet contra me. Iob cap. 17.

PROEMIALIS ADNOTATIO.

N. 1 NO con poco quebranto de su modestia propone Don Antonio de Morales y Ortega, los medios, que le califican sin culpa de vn tan grave delito, como le atribuye la enemiga emulacion. Obligale su calidad à que con mas razones clame para librarse de el lunar horroroso con que se ha pretendido macular su honor; porque si las ofensas corporales las puede tolerar la paciencia, es tan grave el dolor de las que tocan à la honra que superan al mas pacifico, y prudente sufrimiento.

2. Con dos injuriosas preguntas pretendieron deshonestar à Christo nuestro Señor *non ne Samaritanus es tu.* Fue la vna; *& Demonium habes.* Fue la otra; La primera tocaba à la Humanidad corporal, y la sufriò su paciencia. La segunda se encaminaba contra la honra de su Divinidad, y esta no la tolerò su humildad, y mansedumbre: *Ego Demonium non habeo, cap. nonne, 5 de presuntionibus.* Y dize Pedro Gregor. *Syntagmata lib. 38. cap. 7. nu. 16.* que nuestro Redentor por su perfecta humildad no respondia à las contumelias corporales, pero que no sufria las blasfemias que ofendian la honra de su Divinidad. *Blasfemias autem in Divinitatem se vere, & cum authoritate reiecit.*

3. Pregunta el Jurisconsulto Juliano *lib. 1. ff. rum.* Si serà possible à la humana diligencia el assegurarse de no recibir injuria, *qua enim cura, aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? l. 19. ff. commodati.* Esta misma pregunta haze el S. C. Vlpiano *lib. 5. ad edictum, qua enim custodia consequi potuit ne damnum iniuria ab alio*

alio dari poss it^s l. 41. ff. locati. Y si tuvieran presente la fatalidad de Don Antonio de Ortega, parece que no hizieran la pregunta, enterados de que no es posible conseguir el estar seguro de recebir injuria, aun aquel que mas cuydado pone en moderar sus acciones.

4. No le ha bastado à este Cavallero su notoria modestia, ni el retiro de su casa, de que le ha resultado el quebranto de su salud, ni le ha bastado la independencia conque se ha procurado conservar, pues à vista de todo este recato està experimentãdo la enemiga conq̃ el Fiscal ha procurado ofender su credito, cõ vno de los mas horrorosos delitos, concurriendo en esta operacion Francisco Ximenez, quien olvidado de los beneficios los paga con ingratas correspondencias.

5. Pero como la justicia es semejante à la Palma, que oprimiendola con el peso, con el mismo forma vn arco, con el qual con valeroso esfuerço resiste con mayor valentia la opresion.

Nititur in pondus Palma, et consurgit
in arcum,
Quo magis præmitur, hoc magis,
Tollit onus.

Alciato, *Emblem.* 36. A este mismo modo la clara justicia que assiste à Don Antonio, saldrà con mas luzido vencimiento, formando el arco valeroso en la mismà opresion de las injurias.

6. No puede negarse qué es gravissima la que se ha puesto al credito de Don Antonio, porque la vsura es: *Iniquitas detestanda, crimem atrox, Bellua immanis, ac que fœcunda, peccatum grabissimum, origo malorum, ac que nutrix calamitatuum.* Sõ palabras conque pondera esta culpa D. Lorenço Matheu *de re criminali, controvers.* 40. *n.* 2. Y en el primero dexa dicho, *fœnus idẽ esse, quod funus animæ,* dicterio de que vsaba el Doctissimo Alfonso V. Rey de Aragon, como refiere Antonio Panormitano, *lib.* 3. *de* *dic-*

dictis, et factis eiusdem Regis, num. 34. *et post eum*, Benedictus Carçobius *in practica criminali, part.* 2. *q.* 91. *num.* 3. Y Dorleans *ad tacitum, lib.* 6. *ann. nota* 1. dize que *fœnus est funus Civitatis*. Y S. Ambrosio *sobre el libro de Tobias cap.* 25. dize, *nihil interese inter fœnus, et funus; inter mortem, et sortem.*

7. Este crimen detestable se prohibiò por todos derechos, como lo dizen Agustin Barbos. *in Collectanea ad cap.* 2. *de vsuris, num* 2. Castillo *lib.* 2. *controvers. cap.* 1. *num* 13. El señor Larrea, y el señor Olea, *et ex Theologis*, Salon, Castro Palao, Trullench. y otros que refiere D. Lorenço Matheu *dict. controvers.* 40. *num.* 7. y realmente se halla prohibida la vsura por Derecho Divino, exodo, *c.* 22 *vers.* 25. ibi: *Si pecuniam mutuam dederis populo meo pauperi, qui habitat tecum non vrgebis eum quasi exactor, neque vsuris opprimes.* Psalm. 14. *vers.* 5. ibi: *Qui pecuniam suam non dedit ad vsuram, et munera super inocentem non accipit*, & Psalm. 54. *vers.* 12. *et non defecit de plateis eius vsura, et dolus.* Eccehiel, *cap* 18. *vers.* 8. ibi: *Panem suum exurienti dederit, et nudum operuit vestimento, ad vsuram non commodaverit, et amplius non acceperit.* Y omitiendo otros lugares del Testamento antiguo, se halla la misma prohibicion en el nuevo Testamento. Luce *cap.* 6. *vers.* 35. ibi: *Venefacite, et mutuum date nihil inde sperantes idem docuerunt Patres Orthodoxæ Ecclesiæ.* San Basilio Magno. San Gregorio Nazianzeno. San Agustin, San Geronimo. San Iuan Chrisostomo, Santo Thomàs, y otros que refiere Matheu *dict. controvers.* 40. *n.* 10.

8. Prohibiòse la vsura por derecho natural, como escrivio Aristoteles, solo con el dictamen de la razon, sin la clara luz de nuestra Santa Fè Catholica, *in lib.* 1. *Politicorum, cap.* 7. y mas claro. *lib.* 4. *ethicorum cap.* 1. *ad finem*, donde disputando de los vsureros, dize: *Eos enim qui gran dia, vnde non oportet, et quæ non oportent accipiunt, vt Tyranos Civitates expugnantes, et templa expoliantes.* De adonde

 in-

infieren los Theologos , que la vsura *habet intrinsecam malignitatem tanquam opositam recte rationis naturalis dictamini.*

9. Prohibieron assimismo las vsuras por derecho Civil *ex Authentica de Ecclesiasticis titulis Collatio 9. vt notat gloss. in Authentica ad hæc, C. de vsuris.* Y el derecho Pontificio, no solo prohibiò la iniquidad vsuraria, castigando à los logreros, sino que à los Principes, y Legisladores que lo permiten, los anathematiza, y descomulga, y à los que firmaron que las vsuras eran licitas, los castiga como à ereges, *textus in cap quid dicam* 14. *q.* 4. *cap.*1. *cap quia in omnibus, cap. cum super, de vsuris, cap*. 1. *et* 2. *de vsuris in* 6. Clementina vnica, *de vsuris*, & docent Castro Palao *tractado* 32. *disp* 4 *punto* 30. y muchos que juntò Leotardo en la *question* 2. *num*. 38. y en la *question* 100. per totum.

10. Y finalmente prohibiò las vsuras el Derecho Real, *text in leg.* 5 *.tit.* 2. *lib.* 4. *fori, leg.* 58. *tit.* 6. *leg.* 10. *et* 12. *tit.* 19. *partita* 1. *leg.* 31. *tit.* 11. *part.* 5. *leg.* 4. *tit.* 6. *part.* 7. *leg.* 1. *et* 8. *tit.* 2. *lib.* 8. *ordinament. leg* 4. *et* 5. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recopil.* y explican estas leyes Gregor. Lopez, Diego Perez, Dom. Covarrubias, Cantera, Avendaño, Iuan Gutierrez, Bobadilla, Pichardo, y otros que refiere Don Lorenço Matheu el qual *en el numero* 28. dize, *ex doctrina Divi Thomæ*, 2. 2. q̃ el averle tolerado à los Israelitas las vsuras, no fue por tenerlas por cosa licita, sino por obiar mayores peligros.

11. Entre otras penas que se impusierõ à este delito, fue la de infamia; y assi à vista de castigo tan horroroso, y de aversele imputado à vn hombre de la calidad de Don Antonio, vn delito tan feo, no es mucho, que apurado su zufrimiento, exclame por su inociencia. Esta se harà patente, y se probarà concluyentemẽte, que el contrato que Don Antonio celebrò con Iuan Bernal de las Heras, no contiene la menor vsura, porque fue vna licita compañia, cuyos pactos, y contradiciones los aprueba la dis-

disposicion de derecho,y comun sentir de Theologos, y Iuristas.

12. Y aunque no ignoramos,que la brevedad en el orador es lo mas plausible,y gustoso,por lo que dixo Ori gines *super iudic.homil.6.Brevis,et prudens sermo , et auditur libentius,et meliùs memoria commendatur*, porque el mayor artificio es comprehenderlo todo en poco,*magna artifitia esse totum comprehendere sub exiguo*. Seneca *en la Epistola* 88. serà precisso no ser tan breves , como quisieramos por lo difuso de vna materia tan ardua, y no dexara de ser felicidad,que nada de lo que dixeremos sea superfluo,que asi se librarà de la nota del modesto , como con Acursio,y Marciano lo pruba Bobadilla 1.*tom.in præmio num.*12. y mas claro lo dize Filimon,ibi : *Ad benedicentem ne langum existimes,etsi permulta dixerit , et longo tempore;refert* Bobadilla *lib.*3.*cap.*7.*num.*40. y nos alienta mas à nuestra digresion lo que dixo el menor de los Plinios,que no solo es prebaricacion omitir lo que se debe dezir,porque tambien lo es el tocar breve,y precipitadamente lo que necessita de repeticion , y larga disputa, *prævaricatio est transire dicenda; præbaricatio etiam Cursim et breviter attingere,quæ sunt inculcanda, inf ligenda,repetenda.lib.*1.*Epist.*20.

13. Para que se manifieste que Don Antonio de Morales no ha cometido el delito de vsura que se le imputa, dividirèmos su defensa en quatro Paragrafos. En el primero se probarà, que el contrato que dicho Don Antonio hizo con Juan Bernal,no fue mutuo,sino compañia y que aunque fuesse mutuo , pudo percebir intereses sin incurrir en el crimen de vsura,ni en la proposicion quarenta y dos, condenada por la Santidad de el señor Alexandro VII.

14. En el segundo se probarà,que siendo compañia se pudiera pactar segura de el principal, sin incurrir en el crimen de vsura,ni en la Bula de la Santidad de el Señor,

Six-

Sixto V. mediante la justa compensacion conque quedò beneficiado Iuan Bernal, y que se pudieron pactar interesses ciertos, quedando para el dicho Iuan Bernal todo lo demàs que pudiera grangear.

15. En el tercero se probarà, que en la compañia que celebrò dicho Don Antonio, con el dicho Iuan Bernal, no huvo pacto de seguridad de el principal, y consiguientemente que por ningun medio se incurriò en la prohibicion de dicho Señor Sixto V.

16. En el quarto se probarà, que aunque el contrato fuera vsurario, que no es, se avia de absolver à D. Antonio, por la Christiana, y Catholica diligencia que executò, repugnando el entrar en el contrato, menos que cõ el parecer, y consejo de Theologo docto, por quien se asseguro la conciencia, y en este parrafo se tocarà la ninguna substancia que tiene la pretension de Francisco Ximenez, y su deposicion.

§. PRIMERO.

QVE EL CONTRATO QVE DON ANTONIO de Morales hizo con Juan Bernal, no fue mutuo, sino compañia; y que aunque fuesse mutuo (que no es) pudo percebir interesses, sin incurrir en el crimen de vsura, ni en la proposicion 42. condenada por la Santidad de el Sñor Alexandro VII.

17. QVe el contrato que celebrò Don Antonio con Juan Bernal, fuesse compañia, es evidente; porque compañia es, y no mutuo, quando el dinero se dà para tratar con èl, Hebia-Bolaños, *lib.2. comertio terrestre, cap.2.n.43.in fine*, ibi: *Mas si se dà la pecunia para tratar con ella, lo contrario se ha dezir, por no ser emprestida, sino compañia*, Dom. Covarrub. *lib.3.var. verso fina-*

finali,num.2. Conque como el dinero que diò Don Antonio à dicho Iuan Bernal fue *ad negociandum*, para poner tienda de ſedas, y paños, ſe conoce claramente que fue compañia, y no mutuo; y para que eſto ſe conozca con mayor realidad, como el Hecho es el medio inductivo de la diſpoſicion de Derecho, *leg. ſi ex plagijs, § inclito, ff. ad leg. Aquilliam, leg. finali, in principio, ff. de iure iurando*, pondrèmos à la letra el papel de el contrato, porque es el Hecho ſobre que ha recaido toda la calumnia del proceſſo, ſiendo aſsi, que excluye el concepto de mutuo, y de vſura, *& ſequenti modo ſe habet.*

PAPEL DEL CONTRATO.

18. *Digo yo Don Antonio de morales y Ortega, vezino de eſta Villa, que oy dia de la fecha de eſte año, que le he entregado à Juan Bernal de las Heras, vezino de dicha Villa, quarenta mil trezientos y ochenta y cinco reales de vellon, en moneda de plata, y oro, para que los emplee en mercaderias à ſu ſatisfacion, para que ponga vna tienda de ellas, por tiempo de quatro años, que comiençan à correr deſde el dia de la fecha de eſte papel, haſta otro tal dia, paſſados quatro años; y que en todo eſte tiempo no he de poder pedirle eſte principal, ni parte de èl, porque ſolo ſe lo he entregado por mi voluntad, y no por fuerça, ni violencia, ni obligacion. Y yo el dicho Juan Bernal los recibo, y me entrego en ellos, y me obligo en eſtos quatro años referidos no bolverlos, ſi ſolo adminiſtrarlos, y hazer de mi parte todo lo que pudiere, teniendolos ſiempre firmes, y no hipotecarlos à deuda alguna, por ſer el primer dinero que entrò en mi poder con que pongo la tienda, en que de preſente eſtoy, que ſon las caſas de Juan Gomez Infante, y para el ſaneamiento de dicha cantidad, obligo mi perſona, y bienes avidos, y por aver, renunciando aquello que eſtuviere à mi favor, porque ſolo me obligo à dar dicha cantidad, cumplidos los quatro años ſin otra circunſtancia alguna*

de que yo me pudiera valer, y por esta buena obra que me haze, me obligo à darle cada vn año de los quatro referidos para su sustento seis mil y quatrozientos reales de vellon; y estos los ofrezco de mi voluntad, y gratitud, y por quitarme de dar quentas, por aver tenido vn año antes compañia con dicho señor D. Antonio de Morales. Entendiendose, que los dichos quarenta mil trezientos y ochenta y cinco reales de vellon hã de estar siempre en ser, porque los alimentos referidos no se han de baxar del principal, si solo se los doy de mi voluntad, sin que ayga avido pacto, ni condicion, ni trato ilicito para dar à dicho Don Antonio de Morales los dichos seis mil y quatrozientos reales de vellon: y para que conste, lo firmamos vno, y otro, siendo testigos el señor Doctor Don Juan Salvador de Toro, Canonigo Magistral de la Santa Iglesia Colegial de esta Villa, y señor D. Francisco Duran Guerrero. Geronimo Gonçalez del Olmo, todos vezinos de esta Villa, y se hallaron presentes à este papel, el qual se duplica, para que cada vna de las dos partes tenga el suyo. Fecho en Zafra en primero de Abril deste presente año de mil y seiscientos y noventa y cinco años. Don Antonio de Ortega Morales. Juan Bernal de las Heræs. Licenciado D. Juan Salvador de Toro.

19. De todo el contexto de el papel no puede juridicamente ajustarse, que el contrato que se celebrò entre D. Antonio de Morales, y Iuan Bernal fuesse mutuo, por que si el dinero se diò *ad negotiandum*, es compañia, y no mutuo, *vt supra probavimus*; además de que esta denominacion de mutuo dicitur, porque *ex meo tuum fit. leg.* 2. §. *appellata, ff. de rebus creditis*, ibi: *Appella est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit.* Thusco *littera M. conclus.* 441. *num.* 4. esto es, que el dominio de la cosa mutuada, passa en el que recive el mutuo.

20. De que infieren los Escriventes, que no puede en èl aver vsuras, porque haziendose propia la cosa mutuada del q̃ la recibe; y passando à su dominio, no es justo que pague vsuras el mutuatario de la cosa suya, y en quien

quien tiene domominio; pero si ajustaremos que en el contrato que se celebrò entre dicho D. Antonio, y Iuan Bernal, no le passò à este el dominio de la cantidad que D. Antonio le entregò, por ningun medio podrà dezirse, que el contrato fue mutuo.

21. Que no passasse el dominio, se ajusta con evidẽcia del tenor del papel del contrato, adonde hablando de los 40385. rls. que D. Antonio le entregò à Iuan Bernal, dize estas palabras siguientes: *Los recibo, y me entrego en ellos, y me obligo en estos quatro años referidos no bolverlos, si solo administrærlos*, ergo: Contractus non fuit mutuum, y esta consequencia se prueba claramente, porque siendo como vnicamente fue Juan Bernal Administrador, ibi: *Administrarlos*: no adquiriò dominio, Censio, *de censibus, q.67. num.20. & 31.* D. Salgado *in labyrint.1. p. cap.14. n.39* Y si fuera mutuo, precissamente avia de adquirir Juan Bernal el dominio, no solo por lo que explica la difinicion que llebamos referida, sino porque en el mutuo sè adquiere dominio *ex leg.2. §. appellata, ff. si certum petatur* Mantic. *de tacitis, & ambiguis, lib. 9. tit.1. num.2.* Pichard. *in §. item his cui Instituta, quibus modis tollitur obligatio num.20.* Hermos. *in leg.1. tit.1. part.5. gloss.3. num.1.* vbi plures refert.

22. Y se convence con mas claridad el defecto de dominio, atendiendose à que *la ley de partida primera tit. 28. partita 3.* difine el dominio con las palabras siguientes. *Es poder que home à en su cosa para fazer de ella en ella lo que quisiere.* Y Gregor. Lopez en la dicha ley *gloss. 1.* lo difine assi. *Dominium est ius de re corporali perfecte disponẽdi.* Y Antonio Gomez *en la ley 45. de Toro num.98.* dizè *quod dominium sit ius plenissimum rei.*

23. Desuerte, que el que tiene dominio, tiene libre la disposicion de aquella cosa en que le tiene, y no puede tener dominio aquel à quien se le impide la facultad de enagenar. Dom. Molin. *de Hispanorum primogenijs lib. 4.*

cap.

cap.1.num.6. Y como en la diſpoſicion de derecho ſe tiene por enagenacion la conſtitucion de hipoteca, *ex l.fin. C.de rebus allienis non allinandis.*Hermoſ.*in leg.*43 *gloſ.*3. *num.*15.*tit.*5.*part.*5. D.Molin. *de primogenijs, lib.*4.*cap.*1. *num.*7.Dom.Salgad.*in labyrint.*3.*p.cap.*15.*num.*21. Y reſpecto de que el papel de el contracto ſe le prohibiò à dicho Juan Bernal la facultad de poder hipotecar los dichos 40385.rls.ibi:*Y no hipotecarlos à deuda alguna:* Que fue lo miſmo que prohibirle la enagenacion,& per conſequens,la adquiſicion del dominio no pudo ſer el contrato de el mutuo; porque ſi lo fuera , preciſſamente le avia de adquirir , por ſer el dominio efecto inſeparable del mutuo.Narbon.*in lib* 5.*Recopilat.tit.*18. *lei* 15.*gloſſ.*2. *num.*24.ibi:*Cum mutuum cadat in his rebus , quæ ſine conſumptione,& translatione Dominij,nullum certum vſum habent.*

24. Pero no ignoramos que ſe nos pudiera replicar que tambien en la compañia ſe adquiere dominio. Gutierr.*lib.*2.*practicar.q.*118.*num.*2. Y que no aviendoſe adquirido en el contrato que celebraron Don Antonio de Morales,y Juan Bernal,como dexamos fundado,no podrá ſer compoñia. Sed hoc non obſtante, ſe excluye eſta replica,conſiderandoſe que en la compañia ſe adquiere el dominio *ex clauſula conſtituti* teniendole *pro parte,* cada vno de los ſocios,*leg.*1.*verſ.final,ff.pro ſocio,* Antonio Gomez,*in leg,*50.*Tauri,num.*76. Y eſto no procede en el mutuo,en el qual pierde el dominio el mutuante,y paſſa al mutuatario,*ex meo tuum fit,leg.*2.§.*appellata, ff.de rebus creditis.*

25. Aunque por los medios referidos queda juſtificado,que el contrato que celebraron Don Antonio de Morales,y Iuan Bernal,no fue de mutuo,ſino de compañia,ſe esfuerça mas eſta reſolucion por otro concluyente medio,porque el adminiſtrador eſtà obligado à dar quētas,*rede rationem vilicationis tuæ, cap. qualiter, & quando*

24. *de acusationibus*, de promptus *ex cap.6.* Luc ę Menoch. *de arbitrarijs, lib.2. casu 209. num.1.* Scobar, *de ratiocinijs, cap.1. num.5. & cap.3. num.12.* D. Larrea, *decis. 86. num.9.* D. Salgad. *de Regia, 2. p. cap.11. num.11. & 13.* Sed sic enim est, que Juan Bernal se constituyò por administrador, ibi: *Y administrarlos*, luego precissamente debe dar quentas.

26. Deinde, porque tambien tiene obligacion de darlas el socio que administrò. D. Valençuela Velazquez *cons.143. per totum, & præcipue, num.1.* Y esta obligacion de dar quentas no se justificarà en la disposicion de derecho, que la tenga el mutuatario, porque no administro cosa agena, respecto de que el mutuo le hizo suyo, con cuya paga se extingue la obligacion *cap. perbenit de censibus.* Lupus, *allegat.135. num.13.* D. Valençuela, *cons.78. n.13.* Y como en el contrato se refiere la palabra siguiente, *que por escusar de dar cuentas*, con cuyo motivo, y por escusar la molestia de ellas se constituyeron interesses ciertos, se infiere por todos medios, que el contrato fue de compañia, y no mutuo.

27. Ni el motivo de averse constituido cierta porcion de interesses, impugna el que fuesse contrato de cõpañia, vt probat Narbona *in 5. Recopilat. tit.18. leg. 15. gloss.2.* pręcipue, *num 44. vers. Tertia*, donde hablando de diferentes calidades que ha de tener la compañia, pone la tercera, ibi: *Tertia, vt ob vitandas rationum molestias, aut fraudis suspitiones, qui operas confert, lucrum incertum, sed probabile, & ex simili negotiatione frequenter contingens aliquo certo minore redimat.* Y en el *num 45.* ibi: *His sanè inter socios initis contractibus, vel combentionibus, licitè ex negotiatione lucrũ certum percipi potest, absque vsuræ, vel in iustitiæ labe, cum periculum incertitudinis parte competenti verisimilis lucri redimatur, vel compensetur.*

28. El Padre Valerio Reginaldo *in praxi pœnitentiali, 2. tom. lib.25. cap.29. dubitation 5. num.399. vers. Porrò*, ibi: *Nisi id faceret socio vltro consentiente ad evitandam molestiam*

tiam conficiendarum rationum dati, & acepti.

29. El Padre Villalobos *in summa, 2. tom. tratado 26. difficultad 3.* ibi: *Y mas que por ahorrar de quentas, y pesadumbres, quiere que le dè vn tanto cierto, y determinado por la ganancia que no està determinada.*

30. Bonacina 2. *tom tract. de contractibus, disp. 3. q. 3. punct. 11. num. 4.* ibi: *Secundo, patet, illum excusari posse, qui prædictos contractus celebrat; tradendo pecuniam mercatoribus, cum assecuratione capitalis, & lucri certi, vt evitet incommodum conficiendarum rationum dati, & acepti.*

31. El Padre Villalobos *en el lugar citado numero 6.* dize: que se ha de advertir, que esto à lugar quando ay verdadero trato de compañia, infiriendo que entonces ay compañia quando se dà el dinero para negociar con èl, como se le diò à Iuan Bernal, ibi: *Para poner tienda.* Y tambien infiere, que serà mutuo, quando no se diò el dinero para negociar, en cuyo caso no estamos, pues se diò para poner tienda, como actualmente està puesta. Y resuelve Villalobos en favor del contrato de compañia, que si el que diò el dinero lo diò para negociar; y piensa, que para esto lo quiere el que lo recibe, que aunque despues no negocie, quedando por èl el dexar de hazerlo, no queriendo negociar, que estarà obligado à pagar la ganancia.

32. Lo mismo confirma el Padre Luis de Molina *de iustitia, & iur. trat. 2. disp.* 417. *num.* 14. ibi: *Duo tamen admonuerim. Vnum est, quando pecunia datur cum eis pactis vero negotiatori, arbitranteque, qui eam dat illam eum velle ad negotiandum, & lucrandum; cum vnusquisque meliori modo, quo licite possit, eam tradere intendat: possit autem licite eam dare postremo ex quatuor explicatis; numquam simplices, qui hæc distinguere nesciunt, condemnandos esse, si pecuniam suam cum eiusmodi pactis ei tradant, quem non dubitant, velle eam ad negotiandum, & lucrandum: quoniam, virtute saltem, eam tradere intendunt. Quarto modo explicatio: Alterum*

est,

est, si is posteà illam negotietur, nihilominus, teneri solvere integrum capitale, & incremento lucri: quoniam per ipsum stat, quod non negotietur, & quod suo periculo, et damno prosequi non vellit societatis contractum.

33. El Doctíssimo Padre Reginaldo, *in praxi pœnitentiali, lib. 25. cap. 29. 5. dubitat. num. 396. vers. Tertia*, ibi: *Tertia est, posse licite eodem , etiam tempore iniri per vnum contractum virtute continentem duos, vel tres; nempe contractum societatis; contractum asecurationis sortis , aut etiam contractum venditionis lucri expectati pro certo pretio. Y lo và comprobando hasta el num. 398. in fin.*

34. Y aunque en el numero trezientos y noventa y nueve, dize, que en esto es menester huir del mutuo paliado, dize, que no es mutuo, quando el dinero se dà verdaderamente para negociar con èl, ibi: *Qua tamem in re ea venda maximè est paliatio mutui vsurarij, quæ contiget , nisi atradente pecuniam, vt à Petro, intendatur vera contractus societatis cælebratio, cum eo, cui traditur, vt cum Paulo qui rebera negotietur, atque adsit vtrique verus animus dandi, & accipiendi pecuniã ad eiusmodi societatem; ita vt Paulus debeat ex tali pecunia negotiari, & Petrus vellet, vt ille revera negotietur.* En cuyos terminos no se puede dudar que estamos, pues se diò el dinero para hazerse Mercader Juã Bernal, y para poner la tienda, q̃ actualmẽte tiene, cuyo negocio, y trato no tuviera , si Don Antonio no le huviera dado su dinero.

35. Tambien infiere el Padre Reginaldo , que serà mutuo paliado, y vsurario, quando el dinero se dà à el q̃ se savia no avia de negociar con èl, como al Clerigo, ò Milite, ibi: *Nã tali voluntate deficiente, quia non agetur ea, qua par est fide in adiciendo contractui societatis duos illos memoratos; non poterit tuta conscientia lucrum supra sortem accipi; cum vt Navarr. in cit. cap. 17. num. 258. recte ait, mortaliter pecet is, qui in societatem pecuniam in certum lucrum dat illi, quem scit non esse ex ea negotiaturum: veluti militi, vel Cleri-*

rico indigenti. Et ratio est, quia quantumvis addat contractum assecurationis sotietas tantum est simulata velans mutuum vsurarium, in quo salba manente pecunia lucrum capitur nulla iusta causa id excusante. Pero claramente se dexa entender, que este discurso de mutuo, no puede verificarse en Iuan Bernal, porque no es Clerigo, ni Soldano, de quien se pudiera presumir, que no avia de negociar con el dinero, siendo como es Mercader, en cuyo negocio, y trato se constituyò con el dinero de D. Antonio de Morales.

36. Tambien el Padre Reginaldo en el mismo numero en el versiculo *Porrò*, discurre que serà mutuo paliado vsurario, y no compañia, quando el que diò el dinero no huviesse querido darlo, sino es con la circunstancia de pactar, ciertos interesses, y seguridad en el Capital Ibi: *Porro, quod is, qui tradit pecuniam in societatem addiectis contractibus asecurationis pecuniæ, & lucri spectati, non habuerit verum animum in eundi societatem; signũ esse potest, si ipse illam non iniret, si contractus eiusmodi non adiungerẽtur. Id enim indicat animum lucrandi ex pecunia salva sicut fit in mutuo vsurario.*

37. Pero estamos igualmente remotos de este conjetural discurso de mutuo, porque como consta, y està probado por declaracion de Juan Bernal, el año antecedente tuvieron compañia el referido, y Don Antonio de Morales, sin el contracto de asecuracion neque lucri certi, de cuyas ganancias le tocaron à D. Antonio 7550. reales, y reconociendose por Juan Bernal, que si en el primero año de la compañia, le sacò à Don Antonio tan considerable porcion, le havia de tocar mucho mas en el segundo, por estar ya la tienda, y negocio mas acreditada con la concurrencia demàs comerciantes, y compradores. Entonces, el mismo Juan Bernal le hizo instancia à Don Antonio, para que quedasen conformes en la ganancia cierta, que le avia de dar; y repugnandolo

D.

Don Antonio pretendiendo, que continuasse la misma forma de compañia, no quiso Juan Bernal sino que se ajustase lo que ciertamente avia de dar de ganancias à Don Antonio, y sobre esto se baliò de algunas personas, y especialmente del Doctor Don Juan Salvador de Toro, insigne Theologo, y Canonigo Magistral de la Colegial de esta Villa.

38 Y confecto à fuerza de la solicitud de Juan Bernal, se hizo la contrata de interesses ciertos, quedãdo para el susodicho la esperança, y esperiencia de mayor ganancia, con que cessa el discurso de mutuo paliado, que pone el P. Reginaldo, aviendo sido Juan Bernal el que solicitò el pacto de interesses ciertos, el qual lo estava, de que por la porcion que consignaba à Don Antonio, quedaba para el susodicho mas que percevir, y no puede dudarse, que la instancia de Iuan Bernal excluye qualquiera concepto culpable de Don Antonio, como en semejante caso de compañia, y con circunstãcias mas estrechas contra el que reciviò el dinero, lo dize Farinacio *lib. 2. decis. cum decis.* 137. *num.* 4. Ibi: *Et ad instantiam ipsius trucardi, qui erat verisimiliter certus de quantitate lucri, quod percipi poterat.* Porque el año antecedente el mismo Trucardo avia tenido compañia, que es lo que puntualmente sucede à Don Antonio con Iuan Bernal, y que la solicitud de este exonera à Don Antonio, lo dize tambien el P. Luis de Molina *de iustitia, & iure 2. tom. tract. 2. disp.* 415. *num.* 2. *circa finem*, y que el pacto de intereses ciertos, no mude la naturaleza de compañia; lo prueba Farinacio *dict. decis.* 137. *per totam*, y el P. Luis de Molina *dict. tract.* 2. *disp.* 417. *ex num.* 1.

39. Pero parece, que todo lo que dexamos fundado se turba con las opiniones de Soto, *de iust. & iur. lib. 6. q. 6. art.* 2. y de Parladorio, *lib. 2. rerum quotidiana-*

rum cap. 2. à num. 9. los quales prètenden fundar, que eo ipso, que se puso el pacto de seguridad del pincipal; passò el dominio en el recipiente, & per consequens, que fue mutuo paliado, y vsurario.

40. Sed nihil fundamenti habent, porque prescindiendo, de que en la compañia que celebraron Don Antonio de Morares, y Iuan Bernal no se asegurò el el principal, como probaremos adelante, aunque se vbiesse asegurado, no dexara la naturaleza de compañia, ni adquiriera dominio el recipiente, como eruditamente responde à la opinion de Soto, y Parladorio, Narbona, *en el 5. de recopilation. l. 15. tit. 18. glos. 2. num.* 28. ibi: *Hoc itaque argumentum parum obristit, cum elidi facili responsione possit: quia verum non est, ob factam à sotio asecurationem dominium in eo transferri; nam quãdo à tertio fit asecuratio non transfertur in eum dominium, ergo nec cum ab ipso sotio, cum nula possit discriminis ratio afferri; cur contractus asecurationis eficax sit ad transferendum dominium in personam sotij, non autem in personam tertij; cum eficatia, ac virtus illius, ex diversitate personarum variari non possit ex dict. l. singularia ff. si certum petatur.*

41 Y prosigue comprobando lo referido en el numero 29. ibi: *Deinde quia incommodato, deposito, & locatione non transfertur dominium, l. 1. & totus titulus commod. & l. 1. etiam cum tot. titul. ff. depositi, & ff. locati cum ibi communiter notatis: Et tamen non dissinit esse commodatum depositum, vel locatio quamvis conductor, aut cõmodatorius rei periculũ in se suscipiat vt probatur ex cap. 1. de cõmodato cap final de deposito, & ex l. 1. §. si cõvenit & §. sepe ff. depositi:* Ergo: *Licet sotius periculum sortis alterius sotij substineat non tamem ideo dicemus mutuum celebratum, & contractum societatis evanuise,* y prosigue en los siguientes numeros reputando otros debiles dis-

cur-

cursos de Parladorio.

42 Esfuerzase mas lo referido, *id est*, que por el pacto de asecuracion del principal, no pasa el dominio en el recipiente, ni el contrato en mutuo paliado, ni dexa la naturaleza de compañia, y juntamente se convence la opinion de Soto, con lo que dize Molina, *de iustit. & iur. 2 tom. tract. 2. disp. 417. num. 11. circa medium*, ibi: *Neque verum est quod sotus ait, nempe eo ipso quod contractui societatis adhibetur pactum esse asecurationis capitalis cum sotio, dominium illius transire in apponente operas, desinere que esse contractum sotietatis, & transire in mutuum, vt dicemus respondendo ad soti fundamentum: Quin potius, interim dum capitale non est allienatum, dominium illius pertinet ad eum solum, qui illud apposuit, ac proinde illi competit rei vindicatio illius; siquis illud furetur, dum est in potestate sotij, qui operas est adhibiturus: item que si sotius moriatur, atque ea de causa aut aliqua alia sotietas disolbatur, aut vlterius non progrediatur, competit ei, qui ipsum illi tradit rei vindicatio: Neque si executio fieri deberet ob alia debita quæ ad sotietatem non pertinerent in bonis sotij qui operas est appositurus fieri posset in eo capitali, vt pote nõ dũ illius sed eius qui illud apposuit: ac proinde in eo nulus creditorũ talis debitoris præponi ei posset, qui capitale illud apõsuit etiã si creditores illi hypothecã vniversalẽ in bonis eius debitoris haberent: quæ omnia aliena sanè sunt à mutuo, cuius dominium eo ipso transit in mutuatario, desinit que esse in mutuante. Immo vero, si negotiator ille capitale illud alienarit, ac que ex illo merces comparavit, aut pecuniam aliã acquisivit, id totum ad sotietatem spectat ac proinde, quivis sotiorum dominium illius comparat; totaliter quidem totalitate rei, sed partialiter partialitate dominij, vt disputationibus precedentibus dictum est, ea que de causa vnusquisque sotiorum in ea, quatenus ad ipsum spectat, vel*

quo

quo ad capitale, vel quo ad partem lucri prefferri debet creditoribus omnibus alterius sotij. Neque quod vnus sotiorum contractum asecurationis cum altero inierit, plus hæc impedit, quam si tertius quidam eundem asecurationis contractum pro parte lucri cum eodem iniiset: In quo eventu constat, dominium capitalis ac lucri, perinde ad sotium pertinere, cum quo celebratus est, asecurationis ac si talis contractus cum eo cælebratus non fuisset. Quia ergo pecunia illa eo modo ad negotiationem tradita impediente contractu asecurationis illius cum altero sotio inito, coo peratur ad lucrum, vt illius, qui illam apposuit, dominio que illius apud eundem perseverante, esto alterum periculum eiusdem pecuniæ pro iusta mercede pertineat, inde provenit, vt vere non sit mutuum, & vt contractus ille asecurationis non plus reddat in iustum eum contractum, aut impediat lucrum, quam si idem a securationis contractus, vel ex interballo, vel cum tertio aliquo esse initus. Y en el numero 17. verf. ad id vero impugna à Soto concuditta eficatia.

43 Lo mismo prueba impugnando à Soto el Padre Villalobos, *dict. 2. tom. tract. 26. dificult. 3. num. 5.* ibi: *Que sea licito hazer el contracto de aseguracion con el compañero se prueba: porque es licito hazerlo con otro; luego tambien se puede hazer con èl, y no se ha de dezir que pasa en mutuo, ò en prestito, como dize Soto; porque asi como en otros contratos de aseguracion no se traspasa el dominio de las mercaderias en el que las asegura, tampoco se traspasa aqui el dominio de el dinero.*

44. Y como à la opinion de los DD. se ha de atender solamente, quando tiene fundamento, y no quando se convēce, como dize el Señor Salgado, *labyrint. 1.p.cap. 11.§.vnico, num. 56.* Inde est, que no se debe hazer estimacion de la opinion de Soto, y Parladorio, que carecen de fundamento, y se convencen con evidencia, y solo se han

de

de eſtimar las doctrinas, que llevamos ponderadas, aſsi por hallarſe aſsiſtidas con diſpoſicion de Derecho, como por tener por ſi mas numero de Autores, que la apoyan, y defienden, y por ſer favorables excluſivas del delito.

45. Ni puede obſtar à la naturaleza del contracto de compañia, el que Don Antonio de Morales dixeſſe en el papel, que el dinero lo daba por quatro años, y que en todo eſte tiempo no ha de poder pedirlo el principal, ni parte de èl, ni que Juan Bernal dixeſſe, q̃ en eſte tiempo no avia de poder bolver el dinero, ſi no que avia de adminiſtrarlo por quatro años; porque antes deſta convencion ſe excluye el diſcurſo de mutuo, cuya dilacion para la paga, vt in plurimum, eſtà pueſta à favor de el deudor mutuatario, y ſe juſtifica, que el contracto fue de compañia, porque eſta ſe puede hazer, ò por toda la vida, ò por cierto, y determinado tiempo, *leg.*1. *ff. pro ſotio*, ibi: *Societas coiri poteſt vel in perpetuum, ideſt dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel ſub conditione, leg.*1. *tit.*10. *part.*5. Y aviendoſe pueſto cierto tiempo, no ſe puede durãte èl quitar el capital, Gregor. Lopez, *in dict. lg. Gloſ. Tiempo cierto.* De que reſulta, que la obligacion de Don Antonio, en quanto à que no avia de poder quitar el dinero en los quatro años, ni Juan Bernal entregarlo, fue juſta, y conforme à derecho.

46. Ex aductis ſuperius, eſtà probado clara, y concluyentemente, que el contracto celebrado entre Don Antonio de Morales, y Juan Bernal fue de compañia. Y ſin perjuizio de eſta verdad dezimos, que aunque fueſſe mutuo, pudiera licitamente pedir, y llevar intereſes ſin incurrir en la propoſicion 42. condenada por la Santidad del Señor Alexandro VII. porque lo que alli ſe condenò, fue, que en el mutuo ſe llevaſſen intereſes por lo preciſſo de la dilacion pactada de la paga, pero no ſe condeno el que ſe llevaſſen intereſes por razon del lucro

cessante, daño emergente, peligro del capital, riesgo de la cobrança, y semejantes titulos; y asi entienden la proposicion, y la declaran Lumbier, *2.tom.pag.mihi 669.num.* 816. Prado, *sobre la dicha proposicion, pag.*113.*num.*1. Torrezilla, *sobre las proposiciones, tract.*5.*de iust. et iur. consult.* 1.*num.*22. Corella, *pract. del Confessonario*, 2.*p.tract.*17. *sobre las proposiciones de Alexandro VII. folio* 421. *num.* 283.

47. Con que justamente, quando fuera mutuo el contracto, pudiera Don Antonio de Morales percibir intereses, ratione lucri cæssantis; siendo el caudal de la dote de su muger, como en sus pedimentos confiessa el Fiscal, y juntamente por el peligro de la cobrança, à vista de que Juan Bernal no tiene bienes algunos en que prometerse la menor seguridad de los 40385. reales; pero siendo, como fue compañia, no estamos en termino de mutuo.

§§§§§§§§§§§
§§§§§§§
§§§§
*

§. SEGVNDO.

QVE SIENDO COMPAÑIA EL CONTRACTO SE PVdiera pactar seguro del principal sin incurrir en el crimen de vsura, ni en la Bula de la Santidad del Señor Sixto V. mediante la justa compensacion con que quedò veneficiado Juan Bernal, y que se pudieron pactar intereses ciertos, quedando para el dicho Juan Bernal todo lo demàs que pudiera grangear.

48. PArece que la Rubrica deste §. y lo que en èl pretendemos probar, tiene notoria repugnancia con la Bula de la Santidad del Señor Sixto V. quæ incipit, *detestabilis avaritiæ*. En la qual avominando la vsura, se prohibe, que en la compañia se pueda pactar seguro del capital, que en ella se pone; porque deste seguro resulta, que la compañia sea leonina, si no que se ha de hazer sin asseguracion, quedando el capital sugeto à la contingencia de perderse, como lo està la industria, y trabajo del que lo recibe, para que se observe equidad entre los sozios.

49. Sed nihilominus tamem (sub correctione Sanctæ Matris Ecclesię, cui hæc omnia libenter submitimus) dezimos, que se puede pactar seguro del principal de las compañias, data iusta compensatione assecuranti, & risicum recipienti: y en estos terminos no es la compañia leonina, ni contra la Bula de la Santidad del Señor Sixto V.

50. Et ratio est, porque el contracto de asseguracion per se, es licito, Sylvester *in summa verbo negotium, num*. 4. Soto *de iustit. & iur. lib. 6. q. 7. art. vnico*, Molina *de iustitia, & iur. disp*. 507. *num*. 3. donde dize, que desto ninguno duda, Lesio *de iust. & iur. lib*. 2. *cap*. 28. *dubit*. 4. *num*. 24. Salas *de contractibus. tract. de cambijs. dub*. 8. *num*. 3. Rebellus *de oblig. iust. 2. p. lib*. 16 *q. vnic. de assecuratione, num*.

3. Petrus Santerna *tract. de assecuratoribus, & spo nsionibus mercatorum p. 1. ex num. 5.* Straca *tract. de assecuratoribus in principio, ex num.* 44. Covarrubias, *lib.* 3. *var. cap.* 2. *num.* 4. & 5. Thesaur. *qq. forenses lib.* 4 *q.* 77. *num.* 3. y 4. Deforma, que lo que excluyen los Autores, y lo que la Bula condena, no es el contracto de asseguracion, per se, si no que del resulte iniquidad, nodãdole cõpensacion á el asseguarante.

51. Y en terminos de compañia, que se pueda hazer con asseguracion lo prueba la ley, *si non fuerit* 29. §. *ita coire ff. pro sotio*, y pactando ciertos intereses sin incurrir en vsura, ni en la Bula del señor Sixto V. data compensatione assecuranti, & Risicum recipienti, lo prueban los Theologos, y Juristas, Cayetano, *tom* 1. *opusc. tract.* 31. *resp.* 11. Nabarr. *in manuali, cap.* 17. *ex num.* 254. & *in Commentar. de vsuris, ex num* 33. Sarmiento, *selectar. lib.* 7. *cap.* 1. *ex num.* 6. *ad* 12. Sayrus *in decissionibus casuum constientiæ libro* 5. *tit.* 13. *decis.* 17 Medina *in extructione Confesarior. cap.* 14. § 27. Toledo *in extruct. Sacerdotuum lib.* 5. *cap.* 41. *num.* 3. Filliutius *moralium quæst. tract.* 34. *p.* 2. *num.* 107. Juan Antonio Nobario *in summa Bullarij, tit. de vsuris, super Bulla Sixti V.* Azor *institut. moral. tom.* 3. *lib.* 9. *cap.* 3. *q.* 6. §. *ego tamen.*

52. Y que esta opinion se aprobò por grandes Theologos en Roma, y otras muchas partes con otros muchos Autores, lo dize Narvona, *in* 5. *Recopilat. leg.* 15. *tit.* 18. *glos.* 2. *num.* 7. ibi: *Alij denique arbittantur hæc combentiones, vel pacta assecurationis in societatis contractu licita esse, sive cum sotijs simul fiant, sive subcessive per alium contractuum modo prudentis viri arbitrio servetur Equalitas. Vnde licite pecunia alicui dari potest, vt adhibita per eum industria, negotiatio sivears quæstuaria exerceatur, ea pactione contracta societate vt capitale salbum sit eius que periculum ad mercatorem expectet, lucrum vero quod alioquim equis portionibus foret. Dividendum maiori ex parte ad socium subeuntem periculum capitalis alterius socij spectet; qua si ea par s lucri-*

lucri quæ supra medietatem suam percipit iustum sit arbitrio voni viri pretium assecurationis, sive periculi subeundi. Neque ratio vlla impedit vt contractus, isti vno actu, & contestu celebrentur, quo minus iusti, & legitimi labeantur. Quam sententiam vt verissimam, & receptiorem ferè cœterorum Theologorum, & iuristarum schola recepit Angelus scilicet in summa verbo societas 1. §. 7. Gabriel in 4. distint. 15. q. 11. dubio 10. Maior in 4. dist. 5. q. 27. & 49. dicens hanc sententiam à Doctissimo quodam Theologo publicæ Bononiæ fuisse defensam, & esse communem Thologorum Parisientium inquit, Ludovicus Lopez instruct. negotiant. lib. 1. cap. 65. defendit eam Sylvester, in summa verbo societas, 1. q. 2. ad finem Barthol. fumus, ver. societas num. 6. Navarro in manuali cap. 17. num. 254. & in Commento de vsuris, §. 14. n. 32. & consiliorum, lib. 1. tit. de constit. cons. 54. Didac. Covarrubias, lib. 3. var. cap. 2. num. 3. Gregor à Valentia alios citans disp. 5. q. 24. punto 2. vbi ait, sententiam istam Romæ ipsa presente anno 1581. multis ac doctissimis Theologis placuiset re tamem prius diligenter ex causa, Ludouic. Molina de iust. & iure tractatu 3. disp. 417. Franc. Garcia de contract. p. 2. cap. 17. Barthol. Medina in sua instructione §. 27. Francisco Tholetus in summa, lib. 5. cap. 41. Ioseph Angles. in floribus. 4. sentent. q. de societate Fr. Io. Benoist. lib. 3. cap. 9 §. exēplum, quorum ferè omnium verba si libatim transcripsit, & expendit. Pater Doctis Leonard. Lessius. de iust. & iur. lib. 2. cap. 25. de contract. societatis dubit. 3. per totam, vbi præsertim num. 23. in principio afirmat hanc sententiam multo probabiliorem, & veriorem esset, & in fine. d. n 23. absque vlla dubitatione fuisse Romæ approbatam, & passim per Italliam vsu receptam, eamque a plurimis Theologis celeberrimis, Ittallijs, Hispanijs, Germanis, & Gallijs intrepide, & constanter traditam, & vltra hos omnes tradunt etiam expresse Petrus Vval tract. de societate 4. p. Columna 8. Palatius Rubeus in repetit. cap. per vestras notabili 6. § 11. num. 8. Michael de Palatios, lib. 4 de contract. Et restit. cap. 12. colum. 8 pag. 563. Corneus in l. si pascenda peco-

*ra q.7.verf.2.Secundo cafu,C.de pactis,vbi etiam purpuratus num.37.Armilian.Summa verbo focietas.q 6.Antonij Nata, conf.403 num.5.verfioulo.*Nihil autem adducitur, *part.2. vbi hunc contractum tolerabilem effe affirmat Henrichman. conf.8.num 52.Ioan Bapt.Lup.in cap. Habigante* §.1.*num.* 24. *verf.* Hæc tamem opinio,*decif.Gænuenfis* 183. (*Rota Genuenf.decif.159 in fine) Domin. Francifc. Sarmient.felectar.lib.7.cap.1.à num.7.Nicol.Motius,de contr. d. tit.de focietate,Rub.de naturalibus focietatis n. 11. Petrus Auguft. Morla, in Emporio iuris par.1.tit.8.de rebus creditis, q. 25. num.30.inquiens,quod fi abfque vlla fraude,dolo,& fimulatione hæc combentiones fiant licite erunt,& permiti poterunt fecure videlicet fi in obfervantiæ fuerint;nam altoquim difuadendum potius fit quam fuadendum erit propter vulgi opinionem,& fcandalum,tenet etiam hanc fententiam Anton Pichardus,in* §.*de illa,num.21.inft.de focietate & fuit decifum in Rota in vna Ferrarienfi,vt teftatur p.Profp.Farinat.decif-crimin.decif.180.num.4.& 5.& d.decif.Ferrarienfis verba referuntur ab eodem Farinat.d.decif. Crimin. decif.137 prefertim,num.5.&8.vbi refolvit,circa focietatem fuper aromatariam contractam, quod vnus ex focijs certum lucrum habeat vel quod capitale fit falvum,cuius etiã meminit Stephan. Gratianus.difcep.forens.tom.1.cap.185.num. 6.eandem fententiam probant,Idem Stephan.Gratian.tom.2.difcept.forens cap.360num.10.et* 11.

Quæ fanè fententia à nobis procul dubio vti verior communis,et receptior defendenda eft,quippè, quod non tantum Authoritate Doctorum,fed,et legibus,et rationibus nitatur. Veritas igitur huius fententiæ probatur ex fequentibus. Y en los demàs numeros và realçando, y comprobando efta opinion.

53. Y en el numero 43.dize,que efto no lo infirma la conftitucion del Señor Sixto V. ibi : *Nec contractus iftos infirmare videtur conftitutio Sixti Quinti, editta anno* 1586. 12.*Kalend. Nobembr. fuper focietatibus ad caput fal-*

vum.

rum.Cum eidem multipliciter respondea Læsius, d. dub.3.n. 33.vers.neque obstat,cuius responsionibus alliam addo, scilicet dictam constitutionem prohibere, tantum societates, seu contractus paliatos, & contra dispositionem iuris communis, novas pænas adversus eos indicendo; non vero eas societates improbat,quæ alliàs vsurariæ non sunt,nec prohibitæ ex dispositione iuris communis vt firmavit Rota Coram R. P. D. Millino in causa Ferrar.societatis 28. iunij 1599. quam refert Prosp.Farin.decis.Crim.decis.180.num.7.

54. Lo mismo con muchos Autores Theologos, y Iuristas,dize Carlebal *de iuditijs,tit.3.disp.7.num.17.* Y en el num.22.responde à la Bula del Señor Sixto V. y aun dize mas,refiriendose à Azor en las instituciones morales,que aviendole consultado à dicho Señor Sixto V.sobre la dicha Bula,respondiò,que no condenaba aquellas compañias,que aprobaba la sentencia de los DD.ibi: *Ad Bullam vero Sixti V.quam pro priori sententia allegabimus supra num.16. & quæ rebera siatente,et in perturbato animo spectetur,et expendatur redit hanc sententiam valde dubiam.et plane contrariam facit tutiorem. Respondendum est, per illam damnari contractum societatis,in quo reijcitur periculum capitalis in socium accipientem ob solum societatis contractum & nullo pretio illi assignato ob hoc periculum, quod suscipit:non vero damnari societatem inqua ex vi contractus assecurationis manet periculum capitalis pænès accipientem quod ille liberè in se suscipit ob partem lucri speratam maiorem,quam ipsi posset ex societate obenire, cum iste contractus a tot Doctissimis hominibus fuerit aprobatus:quæ Romæ etiam Doctissimos viros absque vlla difficultate aprobasse et eam sententiam plurimos hoc tempore per Hispaniam, Galliam,Italiam Germaniam Sacræ Theologiæ Professores. Celeberrimos tradidisse refert lesius dict.dubit. 3. num 23.in fine. Ac pro inde Azor instit moral.3 tom dict.lib.9.cap 3.q. in fin.refert. Audivisse a viris fidedignis sixtumV.Pontificem. Vivæ vocis oracuro respondisset , cum de sua constitutione* con-

consuleretur, se non condemnasse societates tali pacto contractas, quas clasici Doctores sua sententia comprobarunt, sed eas tantummodo, quas illi communiter damnarum. Ac que ita eam constitutionem interpraetantur Filliuc, dict. tract. 38. num. 57. Bonazina, vbi supra Læssius dict. cap. 25. dub. 3. n. 33. Narbona in 3. parte Recopilationis in leg. 15. tit. 18. lib. 5. Glos. 2. n. 43. & de qua etiam multa dicit Azor, vbi sup. d. q. 7. per totum.

55. Gayto, de *credito, cap. 2. tit. 7. q. 5. num. 1928. vers. extenditur*, ibi: *Extenditur conclusio vt hæc personæ valeant etiam cum mercatore pacisci, vt capitalis pecunia maneat semper saluta pro dantibus cambioSeve de negotiationem cambiorum Hostiens. in summa tit. de vsuris §. analiquid, quem cum alijs allegatis, probat Scaccia citato loco, num. 3.* Y và prosiguiendo por los demàs numeros, donde tambien assienta, que se pueden pactar intereses ciertos.

56. Y en el numero 1943. *vers. Nec denique*, dize, que esto no es contra la Bula de Sixto V. ibi: *Nec denique obstat Sixti Papæ 5. constitutio, ibidem adducta, quæ procedit, quando ex vi solius societatis contractus fuerit pactum, sed quando vi contractus assecurationis admixti fiat, tunc Bullam prædictam non habere locum, dixerunt Authores omnes; vt refert Molfesius, dict. cap. 11. n. 31. Secundo, & melius nam Bulla prædicta procedit, quando nihil pro iusta mercede periculi assecurati solvitur, quia quando solvitur iustificatum, & verisimile quid vt superius exemplicabimus Bulla non loquitur, nec locum habet.* Y como en este caso huvo justa cõpensacion (como dirèmos adelante) es claro, que no estamos en la prohibicion de la Bula de Sixto, aun en caso que huviesse seguridad en el principal, que para la compañia diò Don Antonio, que no ay.

57. Et iterum hanc sententiam comprobamus ex Theologis, Bonazina, 2. *tom. de contractibus disp. 3. q. 3. punt. 3. vers. præmitendum, sub num. 2.* Y en el vers. *nec primo* dize, bue no obsta la Bula de Sixto V. ibi: *Nec primo obstat*

Bulla

Bulla Sixti V. quæ incipit detestabilis avaritiæ, vbi damnari videtur societas, in qua periculum capitalis non remanet apud apponentem. Respondetur enim damnari huiusmodi societatem quoties periculum capitalis stat pœnes accipientem ob solum societatis contractum. Secus si periculum capitalis reijciatur in accipiētem per contractum licitum assecurationis: nam Summus Pontifex non intendit condemnare contractum iure communi licitum, si contractui societatis addatur, vt patet ex decisione Rotæ apud Farin. decis. 137. et 180 & idē tenet Regin. lib. 25. num. 400. & alij apud Azor, 3 p. lib. 9. c. 3. quæst. 7. Molin. disp. 417. Læss. dub. 3. Filliuc. tract. 35. num. 59. contra Azor, & Rebell. loc. citat.

58. El Padre Luis de Molina *de iust. & iur. 2. tom. tract. 2. disp.* 417. Cuyo lugar sylivatim llevamos referido, y transcripto, *supr. num.* 42. y lo que alli omitimos, es lo que conduze para lo que aora probamos, porque lo demàs fue para otro intento, cuius verba sunt. *Hoc ita constituto prima nostra conclusio est. Si pecunia ad negotiandum quarto modo explicato tradatur cum eis pactis, & lucrum certum, ac determinatum commensuratum sit, ratione habita quantitatis lucri, quod est in spe, contractus est iustus, non solum si pacta ex interballo apponantur, sed etiam quando à principio formaliter, aut virtute, apponuntur: virtute autem ad hibita censebuntur; si qui operas præstiturus est, dicat: Da mihi tantum pecuniæ ad talem negotiationem, & ego in me suscipiam periculum capitalis, & insuper tibi dabo quotanis tantum lucri certi, mihi que reliqum lucri relinque: aut si is qui capitale tradit simile pactum oferat: in eo enim virtute tres illi contractus continentur. Hanc conclusionem probant duo argumenta, simul cum confirmatione secundæ, quæ pro opinionæ,* Maioris Navar. & Covarr, *proposita sunt.*

59. Diana *resolut. moral.* 1. *tom. trat.* 1. *de contract. resol.* 30. ibi: *Respondeo afirmativè, dummodo intendat celebrare tres contractus, vnum societatis, alterum à securationis capitalis, & tertium venditionis lucri incerti pro certo, vel asse-*

cura-

curatione lucri certi pro maiori incerto. Et pro maiori intelligentia sciat confessarius, quod talis casus ita procedit, nam primò, præbetur pecunia ad negotiandum titulo societatis, ex qua negotiatione percipere quis posse decem. v. g. vel duodecim pro centenario. Deinde cum eodem mercatore celebratur contractus assecurationis capitalis : pro cuius assecuratione à mercatore suscepta, ille qui dedis pecuniam illam, detrahit quinque; v. g. ex his quæ probabiliter lucraturus erat in contractu, & negotiatione societatis. Et tandem pro assecuratione restantis lucri detrahit etiam aliquid. Quibus ita per actis, remanet; v. g. illa quinque, quæ licitè, & sine vlla in iustitia summi pussunt: nam in tali casu servatur equalitas onera enim mercatori imposita compensatur iusto pretio.

60. Pero como todos los Autores referidos, y otros que se pudieran traer, requieren para que sea licito el contracto, ò assecuracion del principal, el que se dè à el assegurante cierta compensacion, y recompensa, nos resta examinar si esta la tuvo Juan Bernal, y es inegable que la tuvo; porque como llevamos referido, el año antecedente tuvieron compañia D. Antonio, y Juan Bernal, sin asseguracion del principal, ni intereses ciertos, en la qual le tocaron à Don Antonio de ganancias, 7552. rls. Y reconociendo Juan Bernal, que aviendo ganado aquella porcion Don Antonio en el primer año que se puso negocio, y tienda, quando no estava acreditado con comerciantes, avia de ganar mucho mas en los siguientes años, por aver adquirido ya el negocio reputacion, solicitò à Don Antonio para que pactasse los intereses ciertos, que le avia de dar, y con efecto quedaron convenidos en que avia de darle à Don Antonio 6400. rls. quedando para Juan Bernal todo lo demàs que se ganasse, quasi iactum retis, como dize Bonazina, lòco supra citato, ibi: *Non esse assecurationem lucri incerti, sed venditionem lucri incerti, quæ licita est vt est venditio iactus retis.* Molina, *dict. disp* 417. *n.* 4. & 10. Narbona, *in* 5. *Recop. leg.* 15. *dict. Glos.* 2. *n.* 13.

Con

61. Con que quedò Juan Bernal con la compensacion, y veneficio de mas de cien ducados, y con la esperança de lo que verosimilmente sabia avia de ganar por estar ya acreditada la tienda. Y esto se concluye, y justifica con lo que se alega por el Fiscal en peticion de 7. de Mayo; en donde para impressionar, que el principal que puso en la compañia Don Antonio, estava seguro. Dize el Fiscal, que estava seguro dicho principal con las ganãcias de Juan Bernal: con que se infiere, quan grandes eran dichas ganancias, pues eran bastantes para el seguro de 40385. rls. y juntamente se infiere lo poco que se le consignò à Don Antonio.

62. Y debemos advertir, que aunque se le señalaron à Don Antonio 6400. rls. no es en substancia tanto, porque quedò sustentando à Juan Bernal, y vn criado, y dandoles ropa limpia, y juntamente en todas las ausencias, que à ferias, y empleos hàzia Juan Bernal, se ponia por porte de Don Antonio en el negocio, y tienda, persona que corriesse con la industria, y manifactura de ella, como alega el Fiscal, y lo confiessa. Y siendo, como es cierto, que à dicho sustentò, y à el tiempo que suplia D. Antonio la persona para la industria, y negocio, le corresponde mas de 3000. rls. Se manifiesta por todos medios la gran conveniencia que tuvo Juan Bernal, y lo poco que percebia Don Antonio, y se convencen de inciertas apassionadas vozes del Fiscal, por quien se supone, que apercibia Don Antonio mas de 16. por 100. siendo assi, que no percibia, ni 7.

63. Ademàs de que no estamos en terminos de mutuo, ni censo, si no de compañia; y esta no puede dudarse que admite inequalidad, assi en el lucro, como en el daño Rizio, en la parte 6. en la Collectanea 2121. quãdo se pone por vn Compañero mas que por otro, D. Covarrubias, *lib. 3. var. cap. 2. n. 3. vers. hinc primo apparet.* Y como en esta compañia se puso por parte de D. An-

 tonio

tonio de Morales mucho mas que Juan Bernal, no solo por lo respectivo à el dinero, que en esta Villa es de mas estimacion que las obras, como està probado, no hallandose quien lo dè, y siendo muchos los que ay para la industria, que pobres, y desvalidos baxan de la Sierra à esta Villa, en donde con semejantes compañias hazen fortuna; desuerte, que no solo en el dinero ponia mas D. Antonio, que Juan Bernal, si no que tambien concurria D. Antonio à la industria, poniendo en el negocio persona de su cuenta en todas las ausencias, que a ferias, y à empleos hazia Juan Bernal, y assi pudo pactar D. Antonio el tener dos partes del lucro, ò interès, y vna Juan Bernal, vt tradit Farinac.*decis.crim.decis.*137.*n.*4.

64. Con lo qual concurre, que en las compañias, y negocios de su calidad, admiten considerables ganancias, porque las ay de à 12. y de à 15. por 100. como dize Carlevald.*de iuditijs, tit.*3.*disp.*7.*num.*18. ibi: *In negotiatione enim licita, vt in mersimonio serici lucrum ascendens ad decem pro centenario est bonum lucrum, & ascendens ad quindecim pro centenario reputatur optimum lucrum, vt ex relatione peritorum tradit.* Socin.*cons.*265.*n.*8.*vers. In quibus in proposito dico. volum.*2.

65. Pero baxados de los 6400. rls. que se consignaron à Don Antonio en alimento de Juan Bernal, y su mancebo, el gasto de ropa limpia, y camas; y lo que corresponde à el tiempo que Don Antonio ponia persona de su cuenta en el negocio, no le queda de ganancia à D. Antonio el menor excesso, respecto de la que le tocò à Juan Bernal el año antecedente; siendo assi, que como lle vamos probado, pudiera percibir Don Antonio dos partes de ganancia.

66. Contra lo que dexamos probado de que es licito el contrato de aessuguracion del capital, se opone Panormitano en el capitulo, *per vestras de donationibus inter virum, & vxorem.* El qual con otros dize, que el contrac-

tracto de asseguracion es licito ; quando se haze con vn tercero ; porque no lo es , quando se haze con el sozio. *Ratione societatis est quod vterque sotiùs periculo sit expositus amitendi, vel operas vel capitale;* y que de otra suerte es la compañia leonina, pero no tiene juridico fundamento esta oposició; porque como dize el Padre Luis de Molina *de iustitia, & iur. tract. 2. disp. 417. en el num. 16. vers. ad id.* No puede negarse, que quando ay justa compensacion, puede quedar todo el peligro en el assegurante, y en estos terminos no es injusta la compañia, ni se le puede llamar leonina; y asi lo asienta, respondiendo à Panormitano, ibi: *Ad id vnde Panormitanus ducebatur negandum non est, de ratione iustæ societatis esse, vtrumque sotiorum expositum esse periculo; quando enim sufitienter compensatur reiectio totius periculi in sotium nihil in iustitiæ cernitur, ex eo in societate quod periculum totum ad solum alterum sotiorum spectet: neque est id , quod iura leoninam societatem appellant , sed, quod sine recompensatione nullo ve commodo reijcitur.*

67. Y si es licito el contracto de asseguracion hecho con el tercero , la misma justificacion debe tener quando se pactò, y puso con el sozio, porque la diversidad de personas no lo puede variar. Ita probant Villalobos, 2. *tom. tract. 26. dificult. 3. n. 5.* Bonazina, 2. *tom. de contractibus, disp. 3. q. 3. punt. 11. n. 2. vers. tertius,* Diana, *resol. moral. 1. p. tract. 8. de contractibus, resolut. 30.* Narbona, *in 5. Recopilat. tit. 18. leg. 15. Glos. 2. n. 7.* Carleval d. *de iuditijs, tit. disp. 7. num. 20.* Pichardo, *in §. de illa, lib. 3. Instit. tit. 29. num. 21.*

68. Otra dificultad parece que resta , fundada en la opinion de Cayetano, *in opusculo 17. resp. 11.* El qual para que sea justo el contracto de asseguracion, requiere que se haga *ex interbalo* ; pero tiene contra si Cayetano la opinion de todos los DD. referidos en el numero antecedente, & summa cum ratione; porque si en opinion de Cayetano es licito el contracto de asseguracion hecho ex in-

interbalo; porque no lo ha de ser el que se haze simul, eodem tempore? porque si es licito, lo debe ser en vno, y en otro caso; y si fuera ilicito, no pudiera justificarlo el que se hiziesse ex post facto. Con que hallandose la proposicion que llevamos fundada, assistida con mas sequela DD. gravissimos, y practicos es la que se debe atender ad tradita per Hermosillam, *leg. 56. tit. 5. partita 5. Glos. 8. n 2. vers. ex quibus.*

69. Y aunque no ignoramos, que huvo Autores, que dixeron, que en la compañia no se puede poner el pacto de asseguracion, que fueron D. Antonin. Angelo, Sylvester, Armilla, Nata, Felicius, Juan Lupus, y otros. Esto no puede obstar; porque no solo lo dizen estos Autores, sino lo literal de la Bula; pero se debe entender en caso que resulte iniquidad, y que no se dà justa compensacion; pero aviendola, es licito el contracto de asseguració, como lo prueban los mismos Autores de la opinion contraria, como lo dize el mismo Ioã Lupus, *in c. naviganti de vsuris*, §. 1. *n.* 24. *circa finem.* Summa Armilli, *verbo societas num.* 6 Ioanes Lupus, *in cap. per vestras notabili*, 6. §. 11. *n.* 8. *de donationibus inter virum. & vxorem, &* §. 10. *præcedenti ex n.* 1. Sylvester, *verbo societas* 1. *num.* 2. *vers. fallit autem.* Con que con los mismos Autores de la opinion contraria, se prueba la limitacion de la Bula, y hemos de estar à la interpretacion que se haze, *ex leg. minimè* 23. *ff. de legibus, cuius verba sunt minimè sunt mutanda, quæ interpretationem. Certam semper habuerunt.* Ademàs, de que hallandose comprobado con tantos Autores Theologos, y Juristas, como llevamos referidos, desde el numero 51 hasta el 59. inclusive, que es licito el pacto de assecuracion, quando se dà justa recompensa, y que en estos terminos no se incurre en la Bulla de Sixto V. Se debe diferir à esta resolucion, asi por ser exclusiva del delito, como por hallarse assistida de mas numero de DD. de mayor autoridad; pero todo el escrupulo cessa con probarse la limita-

ta-

tacion con los mismos Autores, que fueron de opinion contraria.

70. Et denique, porque aunque todo lo referido faltàra, ay otro concluyente medio para justificar el contracto de asseguracion, quando lo huviesse, que no lo ay; porque el caudal que puso D. Antonio en la compañia, fue la dote de su muger, el qual no tiene hazienda en que assegurarlo; y esto se justifica asi por ser notorio, como porque lo alega el Fiscal en peticiones de 5. y 14. de Abril; y asi justamente pudo D. Antonio entregarlo à vn Mercader à grangeria, pactando ciertos intereses, y seguridad del principal, *cap. per vestras de donationibus inter virum, & vxorem*, Narbona, *in 5. Recop. tit.* 18 *leg.* 15. *Glos.* 2. *n.* 8. Pichardo, *in lib.* 3. *instit. tit.* 26. §. *de illa num.* 22. Villalobos, 2. *tom. tract.* 26 *difficult.* 3. *n.* 5.

71. Con que por todos medios queda fundado sin la menor duda, que fuera licito el contracto de asseguracion, quando la huviesse; pero probando, como probarèmos el §. siguiente, que no huvo semejante pacto, no podrà discurrirse el menor concepto de vsura en la compañia, que celebraron Don Antonio de Morales, y Juan Bernal.

§. TERCERO.

QVE EN LA COMPAñIA, QVE CELEBRO D. Antonio de Morales, con Juan Bernal, no huvo pacto de seguridad del principal, y consiguientemente, que por ningun medio se incurriò en la prohibicion de la Bula del Señor Sixto V.

72. EN este §. probarèmos, que en la compañia celebrada entre Don Antonio de Morales, y Juan Bernal, no huvo seguridad del principal, no solo en realidad, y substancia, pero ni aun en lo

material de las clausulas del papel del contracto.

73. Que no huviesse seguridad en substancia, es evidente; porque està probado, que Juan Bernal no tiene bienes algunos, y que vino à esta tierra à buscar fortuna; y assi caso que se perdiesse el capital, no solo por caso fortuito, pero aun por culpa de Juan Bernal lo perdiera precissamente Don Antonio, no aviendo bienes de Juan Bernal en quien assegurar la cobrança, no solo del todo, pero ni aun de la menor parte; y como en la disposicion de Derecho es lo mismo no dar seguridad, ò no darla suficiente, porque lo vno, y lo otro se parifica, *ex leg. quoties, 6. ff qui satis dare cogantur*, ibi: *Quoties vitiose cautum, vel satis datum est non videtur cautum*; con otros textos, y doctrinas vulgares, que se pudieran traer; se infiere con evidencia, que aunque en lo material de las clausulas del papel del contrato se expressasse alguna seguridad del principal, fuera despreciable por no averla en substancia, ni realidad, mediante el no tener bienes dicho Juan Bernal.

74. Pero lo cierto es, que aun en lo literal no se halla la menor seguridad en el papel del contracto si se examinan con el debido cuydado sus clausulas, y periodos, haziendo division de ellos, segun en el caso que cada vno habla; y para mejor inteligencia se pondrà cada vno separado à la letra, ibi: *Y yo el dicho Juan Bernal* (hablando del capital, que se le entrega) *lo recibo, y me entrego en ellos, y me obligo en estos quatro años referidos no bolverlos, si solo administrarlos, y hazer de mi parte todo lo que pudiere en orden à la conservacion dellos, teniendolos siempre firmes.* Ex cuius tenore, no puede dezirse, que Juan Bernal se obligò à la seguridad del principal; por que la palabra *hazer de mi parte lo que pudiere*, excluye la precissa obligacion, y solo constituye à Juan Bernal, en la que como sozio que administrò, tenia de hazer toda diligencia possible; esto es, haziendo de su parte como recto Administrador sin cometer dolo, ni culpa, porque està obligado à esto; *leg.*

non

non ob eam ff. pro socio, Villalobos, *in summa tract. 26. dificultad* 4. *n.* 1. Y no se hallara en la disposicion de derecho, que la palabra, *lo que pudiere hazer*, importe seguridad precissa del capital, porque *id possumus quod iure possumus*; y como por derecho no està obligado el sozio à restituir el capital, quando sin culpa suya se pierde, fue lo mismo poner aquella palabra *lo que pudiere hazer*, que si no se huviera puesto; porque en los contractos no añaden nada el que se expresse aquello que le toca por naturaleza, D. Castillo, *lib.* 4. *controvers. cap.* 17. *à num.* 44. Hermosilla, *leg.* 2. *tit.* 1. *partita* 5. *Glos.* 5. *num.* 20. Y como por disposicion de Derecho Juan Bernal estava obligado à hazer todo quanto pudiera; esto es, administrar sin dolo, ni culpa, no no importàra el aver omitido dicha palabra, por ser solo expresion de lo que por naturaleza del contracto le tocaba à Juan Bernal; y el averla puesto no añade cosa alguna à el contracto.

75. El Periodo que se sigue en el papel del contracto, son las palabras siguientes. *Y no hypotecarlos a deuda alguna, por ser el primer dinero que entrò en mi poder con que pongo la Tienda, en que de presente estoy, que son las casas de Juan Gomez Infante; y para el saneamiento de dicha cantidad, obligo mi persona, y bienes avidos, y por aver, renunciando aquello que estuviere a mi favor, porque solo me obligo a dar dicha cantidad, cumplidos los quatro años, sin otra circunstancia alguna, de que ya me pudiera valer.*

76. Segun la serie desta clausula, ò periodo, parece, que Juan Bernal se obligò à restituir el principal de la compañia con su persona, y bienes, y consiguientemente que con esta seguridad se incurriò en la Bula del Señor Sixto V. siendo usurario el contracto.

77. Pero sin embargo dezimos (sin perjuizio de lo que dexamos fundado en el §. antecedente *scilicèt*) que aunque huviesse seguridad en el principal (que no ay) no se incurriera en la Bula *atenta iusta compensatione*, que la

clau-

claufula antecedente no es contra la Bula;para cuya perfecta inteligencia prefuponemos dos brochardicos, que fon corrientes en la difpoficion de Derecho;el vno es,que in exhorbitantibus, no fe extiende la difpoficion de vn cafo à otro. *Etiam ex identitate rationis, leg. quod vero contra 14. leg. ius fingulare 16. ff. de legibus*, Barthol. & Romanus, *in leg. fi vero, 65. §. de viro, ex n. 1. ff. foluto matrimonio*, Carlevald. *de iuditijs, tit. 3. difp. 16. n. 17.* D. Sorlorçano, *de iure Indiarum, tom. 2. lib. 2. cap. 21. ex n. 41.* El otro es,que la difpoficion efpecial fe entiēde,y habla en fu cafo. *Et quod ingravoris non fit extenfio*, de vn cafo à otro. *Ex leg. cancelaberat, ff. de hifquæ in teftament. delentur*, Menochio, *en el conf. 557. n. 3. y 10.* Surdo, *en el conf. 163. n. 24.*

78. Quibus fupofitis,atendida la claufula, confta claramente de ella,que en el cafo que fe obligò Juan Bernal à entregar el capital de la compañia, fue, quando los obligaffe à otra deuda eftraña à ella,como refiere la claufula;y fi Juan Bernal lo huviera hecho,iuftamente debiera pagar el principal,y fer convenido por èl en fu perfona,y bienes;porque como el obligar el capital à otra deuda eftraña de la compañia, fuera proceder con dolo, y culpa,fue jufta la obligacion de reftituirlo, y obligarfe à el faneamiento con fu perfona,y bienes, *vt inquit*, Molina, *de iuftitia, & iure, tract. 2. difp. 413. n. 1.* y que el compañero ha de pagar los daños que procedieron por fu dolo, y culpa,lo difpufo *la ley 13. tit. 10. partita 5.* ibi: *E fi alguna pèrdida vino en la compañia por engaño, que fizo alguno de los compañeros, a aquel folo que fizo el engaño pertenece la pèrdida,è non fe puede efcufar, que non la refaga.* Y dize Gregorio Lopez in Glofa verbo, *engaño.* Idem: *Si culpa levi, feu negligentia de qua fotio teneatur; & in leg. 7. dict. tit. & partita.*

79. Y fiendo,como en efte cafo fue jufta la obligacion,no fe puede eftender à otra;porque como *in odiofis*

no

no se puede dar extension, antes si se deben restringuir, *leg. cum quidam, ff. de liberis, & posthumis leg. cum hi, §. qui transigit, ff. de transactionibus*, Pedro Gregorio, *lib. 1. de rescriptis, cap. 30. n. 11.* Garcia, *de nobilitate, Glos. 7. n. 10.* D. Valençuela, *cons. 91. n. 44.* Y como la obligacion es odiosa, *& structi iuris ex leg. Arrianus 47. ff. de obligationibus, & actionibus*, Cyriaco, *controvers. 378. n. 3.* ibi: *Cum obligatio sit stricti iuris, & odiosa*, y que no se ayga de extender de vn caso à otro thusco, *littera O. conclus. 33. in principio* clare infertur, & coligitur, que la obligacion que hizo Juan Bernal de restituir el capital de la compañia, obligandose à el saneamiento en caso que lo obligasse à otra agena deuda, fue justa, y conforme à Derecho, porque era en caso de proceder con dolo, y culpa, se debe entender en este caso especial, y restringuirse à èl, y no se puede estender à el caso de que el capital se perdiesse sin su culpa, y por algun caso fortuito, que es lo que resiste la Bula del Señor Sixto V. y faltando este essencial fundamento, cessa el concepto de la vsura.

80. Y esto se comprueba mas, porque aunque faltàra la justa compensacion (que no falta) *vt dictum est in §. antecedenti*, para incurrir en la Bula de Sixto V. *per clausulam assecurationis capitalis*, es necessario, que la clausula se conciba con palabras amplissimas, recibiendo en si todo el riesgo de los casos fortuitos, Rota, per D. Salgadum, *ad mat. labyrint. credit. decis. 101. num. 22. y 23.* ibi: *Sed susceperit risitum verbis amplissimis experimentibus in expecie periculum amissionis respectu nominatorum debitorum, quod mercatores appellant stare del decredere; & quod cumque aliud*, ibi: *Risico semper periculo, & fortuna ipsius magnifici Domini Ioanes Francisci, etiam respectu debitorum causando in quo cumque foro, & loco, & non exaliquo dictorum magnificorum de Herrariis ponderando verbum ETIAM, quod est ampliatibum, & implicat allias periculi expeties, leg. 2. C. de testamentis Clementina 1. §. final de re iudicata*, Paris. *consil. 46. n. 30. & sequentibus.*

81. Y de otra ſuerte, quando no ſe concibe la clauſula con la extenſion referida, ſi no que ſimplemente ſe obliga à reſtituir el capital *inteligitur*, no de todo el capital, ſi no del reſiduo que ſobrare, y no ſe huviere perdido caſo fortuito, Rota, per D. Salgado, *vbi ſupr. n.* 21. ibi: *Sicut promiſsio de reſtituendo capitali, non inteligitur de toto capitali, ſed de eo quod ſupererit.*

82. Y que la intencion del Summo Pontifice en dicha Bula, fue el que no ſe recibieſſe el peligro del capital con renunciacion de los caſos fortuitos, lo dize el Padre Luis de Molina *de iuſtitia, & iure, tract.* 2. *diſp.* 417. *n.* 16. ibi: *Quoniam Summus Pontifex ſolum ſtatuit, vt pecunia illa detur ad ſecuram negotiationem, non vero ſine propè nullo periculo capitalis illius. Sicut enim in poteſtate viri reliquenda erat, niſi experientia docuiſſet multum impoteſtate illius periclitari, eſto perire poſſe caſu fortuito aut negotiatione præp ter ſpem: ita ſtatuit Summus Pontifex vt tradatur, æqualiter ſecuræ negotiationi ad lucrum: attamem non ſine omni omnino periculo, etiam caſus fortuiti, aut amiſsionis, in ſecura ex ſe negotiatione.*

83. Y como los caſos fortuitos perjudiquen à el Señor, & hoc extenditur ad pecuniam, de tal ſuerte, que perece el dinero por caſo fortuito por cuenta del Señor, de quien es, *ex leg. quæ fortuitis, C. de pignoratitia actione,* D. Larrea, *deciſ.* 13. *n.* 14. Y para que no corran por cuenta del Señor, es neceſſario renunciarlos, *leg. ſi quis fundum, ff. locati,* Antonio Gomez. 2. *var. cap.* 3. *n.* 19. Fontanela, *de pactis, tom.* 1. *clauſ.* 3. *gloſ.* 2. *& cum pluribus,* D. Larrea, *alleg.* 17. Con advertencia, que los que ſon mayores inſolitos, y no acoſtumbrados, no ſe comprehenden en la renunciacion, aunque ſe haga con palabras ampliſsimas, Cevalles, *Comm. contra. comm. q* 702. *n.* 1. *&* 2. Azevedo, *in leg.* 2. *tit.* 9. *lib.* 9. *Recopilat. n.* 9. Gutierrez, *de iurament.* 1. *part cap.* 24. *n.* 6. Carroc. *de locato,* 4. *p. de caſibus, q.* 8. *num.* 6. Gratian. *diſcep.* 195. *& ſequentibus.*

Inde

84. Inde est,q̃ si se perdiera el dinero del capital,precissamente lo avia de perder Don Antonio, pues no se renunciaron por Juan Bernal los casos fortuitos,ni tal cósta del papel;y no aviendo,como no huvo seguridad, neque in substantia,neque in sonitu,porque no la contiene el contracto,si no es para el caso de que obligasse el capital à agena deuda de la compañia,de cuyo caso no se pude extender à otra la obligacion,quibus additur, que aun que huviesse alguna obligacion de entregar el capital,no siendo con renunciacion de casos fortuitos, no se avia de entender de toto capitali,si no del residuo se justifica por todos medios , que por ningun caso fue el contrato de compañia vsurario, ni contra la Bula del Señor Sixto V.

§. QVARTO.

QVE AVNQVE EL CONTRACTO FVERA VSVRARIO (que no es)se avia de absolver a Don Antonio por la Christiana,y Catolica diligencia , que executò repugnando entrar en el contracto menos que con el parecer , y consejo de Theologo docto,por quien se le asegurò la conciencia,y aqui se tocarà la ninguna substancia,que tiene la pretension de Francisco Ximenez.

85. PRobado està,y lo confiessa Juan Bernal de las Heras,que solicitò à Don Antonio de Morales,para que pactassen intereses ciertos , à que Don Antonio repugnò,pretendiendo continuasse la compañia a pèrdida,y ganancia,segun,y en la forma que se avia introduzido el año antecedente,y no quiso assentir Juan Bernal,por quien se hizieron repetidas instancias,para que se ajustassen los intereses ciertos , y entonces Don Antonio de Morales se conformò, en que siendo licito,y seguro en conciencia se hiziesse , consultando para ello vn Theologo Confessor.

Y

86. Y no puede dudarse de lo referido en el numero antecedente, quan acertadamente obrò Don Antonio como discreto, y como Christiano, como discreto, siguiendo el consejo de Thobias *en el capitulo 4. consilium semper a sapiente perquirito*, como Christiano, por no incurrir en cosa menos licita, y que pudiesse ser ofensiva à Dios: para este fin se buscò vn docto consejero, cumpliendo con lo que dixo el Espiritu Santo por el Eclesiastico, *cap. 6. & consiliarius sit tibi vnus.*

87. Para q̃ el consejero sea como debe ser, dixo Alex. ab Alex. *en el libro 4. en el cap.* 11. que ha de ser hombre de edad, y de autoridad. *Quia iustum ducentes, vt, qui alijs consulturi essent, ipsi ætate, & authoritate valerent.* Y no puede dudarse, que estas dos circunstancias concurrẽ en el Doctor Don Juan Salvador de Toro, porque por lo respectivo à la edad, es notoria su madurez; y asi con justa razon se halla digno del Ologio, que contiene *el cap.* 12. de Job, *in Antiquis est sapientia, & in multo tempore prudentia;* por que regularmente en los ancianos se halla la fuente del consejo; porque quien mucho ha visto, tiene mas experiencia para ser cuerdo, como dixo Euripides, *in Phenicis. Experientia senum plus sapientiæ demonstrare potest.*

88. Y por lo que mira à la segunda circunstancia, que refiere Alex. ab. Alex. ha de concurrir en el consejero, no puede negarse, que esta la ay en Don Juan Salvador de Toro, pues se halla Doctor en Theologia, Canonigo Magistral en la Colegial Insigne desta Villa, Examinador Sygnodal deste Obispado, grande Orador en el Pulpito, y no menos docto en el Confessonario.

89. Refiere Rodiginio *en el libro* 18. *cap.* 25. que los Athenienses tenian à los Sacerdotes diputados para consejeros, ibi: *Divinos quosdam Sacerdotes, quos mantes vocant publicis consilijs adhibebant.* Y en nuestra Catolica Iglesia no puede dudarse, que estàn puestos los Sacerdotes Predicadores, y Confessores por consejeros, y custodias *super muros tuos Hyerusalem constituit custodes Sacerdotes.* Como

dixo

dixo el Espiritu Santo por Isaìas, *cap.62.* y Cornelio Alapide, *in Humm.cap.3.vers.7.sunt custodes Populi.* Sobre lo qual pudieramos traer muchos lugares que omitimos, por ser mate ria tan notoria.

90. Fuera culpable en Don Antonio de Morales, quando dexasse el consejo del docto, anciano, y prudente, y buscasse el del mozo poco experimentado; y assi no fuera estraño el que errasse, como le sucediò à Roboam, hijo de Salomon, quando le pidieron aliviasse el Pueblo de los muchos tributos, que puso su padre. *Adhibuit adolescentes, qui mutriti fuerant, cum eo 3.reguum, cap.* 12. Pero seguir el consejo del docto, es licito, y està disculpado el que lo haze, Gratian.*discept.*235.*n.*31. Escobar, *de purit.*2.*p.q.*8.*n.*82. y en conciencia quede seguro el que sigue el consejo del docto, y Perito Ricio en la Colectanea 977.

91. Esto procede con particularidad à cerca de la vsura; porque si vn contracto, licèt per se vsuratium pravitatem, sapiat, se tiene por licito, y se cree no tenerla, no es vsurario el que haze tal contracto, ni comete vsura, *leg.quis sit fugitibus, §.apud labeonem, ff.de edilisio edicto. & ibi Bartthol.* Cepola, *in tract.de simulat.contract.n.*4.*&* 97 *& his relatis*, Bolaños, *lib.*2.*comercio terrestre, cap.* 1.*num.* 35.ibi: *Aunque la vsura es prohibida por todos Derechos, Divino, natural, y positivo, como lo dizen dos leyes de la Recopilacion, y en ellas Azebedo. Si alguno haze algun acto, ò contracto, que verderamente contiene vsura, y comunmente se tiene iusa por licito, y se cree no tenerla, no se dize el que la haze ser vsurario, ni lo es, ni la comete, si no es que tenga ignorancia supina de ser obligado a saberlo, y no lo procurò saber, como por vn texto, y otros Derechos, y Autores, que refieren lo tienen, Bartthol. y Cepola, diziendo, que es muy notable para los Mercaderes, y otros, que cada dia hazen muchos contractos semejantes à estos, que aunque son vsurarios, no se tienen por tales.*

92. Con que hallandose Don Antonio con igno-

rancia de lo que es vſura, y de lo que no lo es, porque ni es Letrado, ni Theologo, y aviendo, como Chriſtiano Catolico procurado el deſengaño, valiendoſe de la direccion de dicho Canonigo Don Juan Salvador de Toro, Docto Theologo, y Confeſſor, à quien tiene la Igleſia deſtinado para eſtas, y otras conſultas eſpirituales; y aviendole aſſegurado, que el contracto era licito, ſe infiere, que ad huc, que fueſſe vſurario, no ſe le pudiera imputar culpa à Don Antonio, porque donde eſta falta, no ay delito, *leg.*1.§.*Divus, ff. ad leg. Corneliam de ſicarijs*, ibi: *Divus Adrianus reſcripſit, eum, qui hominem occidit, ſi non occidendi animo hoc admiſit, abſolui poſſe*, Hondedeus, *conſ.* 104.*n.* 8. Guazzino, *de defenſione defenſ.*33.*cap.*22 *n.* 2. Cevallos, *de homicid.n.*385. Guiurva, *conſ.*2.*n.*12.*& his relatis*, Matheu, *de re criminal. controverſ* 20.*n.*4.

93. Y como la pena, y caſtigo ſe ha de proporcionar con el delito, *leg. ſancimus, C. de pœnis: ne vlterius progrediatur metus quam reperiatur delictum*, Deuteronomio, *cap.*25.*pro menſura delicti, erit, & plagarum modus*, Apocalipſi, *cap.*18.*quantum glorificauit ſe, & in delitijs fuit, tantum date illi tormentum, et luctum*; y faltando el delicto, como falta, inde infertur, que ſe debe abſolver à Don Antonio, aunque el contracto fueſſe vſurario, porque tuvo juſto motivo para aſſegurar ſu conciencia, reſpecto del conſejo de dicho Theologo, y Confeſſor Don Juan Salvador de Toro. Pero lo cierto es, que el contracto no fue vſurario, ſi no licito, y juſto, y como tal aprobado por comun opinió de Theologos, y Juriſtas, vt ſuperius cõſtat.

94. En eſte §. propuſimos refutar, y excluir la pretenſion de Franciſco Ximenez; pero aviendoſenos eſtrechado los terminos, no permitiendonos el ver los autos deſpues de la concluſion, no ſerà poſsible el que aqui podamos dar entera ſatisfacion, por lo tocante à la probanza de Franciſco Ximenez, pero la comprehenderèmos en el eſcripto deſpues de las probanças; y lo que aqui pode

demos dezir es, que aunque es cierto, que la vsura se prueba por dos, ò tres testigos aunque sean singulares, que depongan de hecho propio: procede esto en quanto à la pena criminal, y con la circunstancia de que los testigos sean fidedignos. Pero en quanto al interès, que se ha de aplicar à la parte, no pueden ser testigos los de hecho proprio, porque la codicia, radix omnium malorũ, moviera à muchos à testificar falsamẽte, yasi ha de ser la prueba plena, y concluyente, *vt in lg.4. ti.6. lib.8. Recop.*

95. De que se sigue la ninguna fè que merece la deposicion de Francisco Ximenez, quien se ha apartado de la causa criminal, y siguel el pleyto por los intereses civiles, mostrandose parte despues de aver declarado, como testigo. Ademàs de que ni para la pena criminal, puede ser testigo; porque aunque los casos de dificultosa probança son privilegiados en orden à la justificacion, admitiendose por testigos los que no son idoneos, no se le permite sin embargo à el enemigo, à quien la disposiciõ de Derecho mira con tan horroroso ceño, que los excluye por testigos en los casos de dificultosa probança, y en el Crimem lesæ Maiestatis sodomia, y simonia, *ex leg.3. ff. de testibus*, ibi: *Vel an ei inimicus sit*, Antonio Gomez, 3. *var. cap.*12. *n.*14. Farinac. *de testibus, q.*53. *ex n.*1. Y en el num. 11. dize, que ni en el articulo de la muerte se ha de dar credito à el enemigo. Y en el num. 12. que no haze indicio, ni presuncion la deposicion del enemigo.

96. Y respecto de que Francisco Ximenez es enemigo capital de Don Antonio de Morales, por el objecto de Don Francisco Duran su suegro, por gravissima causa criminal, de que està testimonio en los autos, y por la prenda que le hizo en la partida de Cobertores, q̃ està justificada, aviendo prorrumpido Francisco Ximenez palabras menos decentes, y de notoria pasion, se infiere con evidencia la que tiene, y para disimularla, y cõseguir el efecto de su odio, obscureciendo la verdad, supone que

ha

ha rasgado el papel de la compañia, que tuvo con D. Antonio, por quien se ha instado en que se exhiva, y muestre, y no lo ha podido conseguir con el figmento de aver le rasgado, conociendo Francisco Ximenez, que con vista de dicho papel se ha de deshazer el encanto de la criminalidad con que se ha acusado à D. Antonio.

97. Con que no debe ser creìdo el dicho Francisco Ximenez, ni aquello, q̃ à el suso dicho se refieren de oydas, porque no mereciendo este fè, ni credito, no la merecen sus referentes, como Autor de sus deposiciones, *cap. licet ex quadam de testibus*, ibi: *Cum satis videtur ab Surdum eos admiti quorum repeluntur Authore.* De que se infiere, q̃ quando fuesse perjudicial la deposicion de Juan Mexia, no mereciera estimaciõ en lo q̃ se refiere à Frãcisco Ximenez: ademàs, de que bien considerada se ajusta, que el contracto fue de compañia, cuya verdad, y la ninguna razon de Francisco Ximenez, constarà del papel, q̃ maliciosamente oculta, y no lo muestra, porq̃ no le digamos *salutẽ ex inimicis nostris, & de manu omniũ, qui oderũt nos.*

98. *Quibus omnibus supositis, & acurate probatis*; no ay juridico motivo para la acusacion del Fiscal, y pretension de Francisco Ximenez, por no aver el menor concepto de vsura en D. Antonio de Morales; y asi es justo se atienda à la exclamacion de su inocencia, valiendose de las palabras de S. Pablo: *Expedit mihi magis mori; quam vt gloriam meam quis evaquet*; y asi espera la satisfacion digna de su ofendido credito, mayormente siendo como es, Cavallero Hijodalgo, de los principales hombres desta Republica.

99. *Quod si rectè, & vt meretur causa: dixi vt volui. Sim deterius: vt potui. Vos autem iudices, & ex orationibus auditis, & ex ijs quæ prætermissa sunt, ipsi ea, quæ iusta sun, & parti conducunt, decernitote. Sic Demosthenes contra Thesiphontem.* Salva in omnibus, &c. Zafra, y Mayo 14. de 1696.

Lic. D. Miguel Becerra Figueroa y Bolaños.